



Entscheidungen des MKG, 13. Band / Arrêts du TMC, 13ème volume / Sentenze del TMC, 13° volume

39

Art. 82 al. 1 let. b et al. 5 CPM, art. 2 et 4 s. OAMAS ; insoumission, impunité en cas d'incapacité de servir, capacité d'entrer en service (poursuite en cassation).

Distinction entre les notions d'aptitude au service militaire, d'aptitude à faire du service militaire et de capacité d'entrer en service. Selon l'art. 82 al. 5 CPM, ne sera pas puni d'insoumission celui qui est déclaré *inapte au service militaire* par une décision formelle d'une commission de visite sanitaire (CVS) (consid. 3.2), ce qui n'était pas le cas en l'espèce (consid. 3.3). Selon la jurisprudence, l'insoumission présuppose cependant aussi *la capacité d'entrer en service*, laquelle peut faire défaut en cas de maladie (consid. 4.1). Pouvoir de cognition du TMC quant à l'appréciation des preuves effectuée par l'autorité inférieure (consid. 4.2). Des certificats émanant de médecins spécialistes sont suffisants lorsqu'il en ressort une maladie sévère au moment du service manqué et, ce faisant, une incapacité d'entrer en service et une inaptitude à faire du service militaire ; acquittement non critiquable (consid. 4.2 et 4.3).

Art. 82 Abs. 1 lit. b und Abs. 5 MStG, Art. 2 und 4 f. VMBM; Militärdienstversäumnis, Straflosigkeit bei Dienstuntauglichkeit, Einrückungsunfähigkeit (Kassationsbeschwerde).

Unterscheidung der Begriffe der Militärdiensttauglichkeit, Militärdienstfähigkeit und Einrückungsfähigkeit. Nach Abs. 5 von Art. 82 bleibt bei Militärdienstversäumnis (nur) straflos, wer durch formellen Entscheid einer medizinischen Untersuchungskommission (UC) *militärdienstuntauglich* erklärt wurde (E. 3.2), was vorliegend nicht der Fall war (E. 3.3). Nach der Rechtsprechung setzt Militärdienstversäumnis indessen (auch) die *Einrückungsfähigkeit* voraus, welche bei Krankheit fehlen kann (E. 4.1). Kognition des MKG in Bezug auf die vorinstanzliche Beweiswürdigung (E. 4.2). Genügen eines spezialärztlichen Attests, aus welchem sich auf eine schwere Erkrankung im Zeitpunkt des versäumten Dienstes und damit auf eine Einrückungs- und Militärdienstuntauglichkeit schliessen lässt; nicht zu beanstandender Freispruch (E. 4.2/4.3).

Art. 82 cpv. 1 lett. b e cpv. 5 CPM, art. 2 e 4 s. OAMM; omissione del servizio, impunità nel caso di inabilità al servizio, inabilità ad entrare in servizio (ricorso per cassazione)

Distinzione tra le nozioni di idoneità al servizio militare, idoneità a prestare servizio militare e abilità a entrare in servizio. Secondo il cpv. 5 dell'art. 82, in caso di omissione del servizio, esente da pena è (unicamente) colui che è stato dichiarato *inabile al servizio militare* con decisione formale di una commissione per la visita sanitaria (CVS) (consid. 3.2); ciò non è avvenuto nel caso concreto (consid. 3.3). Secondo la giurisprudenza l'omissione del servizio presuppone invece (anche) *l'abilità ad entrare in servizio* che può mancare in caso di malattia (consid. 4.1). Cognizione del TMC con riferimento all'apprezzamento delle prove da parte dell'istanza inferiore (consid. 4.2). È stato ritenuto sufficiente il certificato rilasciato da un medico specialista da cui si può desumere una malattia grave al momento del servizio mancato e pertanto un'inabilità ad entrare in servizio e a prestare servizio militare; decisione di assoluzione non contestabile (consid. 4.2/4.3).

Il résultat du dossier:

- A. a) Bien que régulièrement convoqué, le soldat J. A. a fait défaut au service d'instruction des formations (SIF) 2009 qui s'est déroulé du 6 au 24 juillet 2009, à Romont.

Donnant suite à l'interpellation de l'Etat-major de conduite de l'armée du 28 janvier 2010, le soldat J. A. a exposé par pli du 15 février 2010 que son défaut était justifié pour cause de maladie et a précisé que son médecin avait alors transmis un certificat médical.

Un certificat médical établi le 29 juin 2009 par le Dr M. B., médecin-chef oncologue du Centre hospitalier de Bienne, fait état d'une incapacité de travail totale du soldat J. A. jusqu'à fin juillet 2009 au moins, ce qui, de l'avis du médecin prénommé, ne lui permettait pas d'effectuer le SIF débutant le 6 juillet 2009.

- b) Par courrier du 14 juin 2010, l'Office de l'Auditeur en chef de l'armée a invité le Service médico-militaire de l'Arrondissement Ouest à se déterminer sur l'aptitude du soldat J. A. à faire du service militaire pour le SIF 2009 litigieux et à préciser si le prénommé était en mesure d'entrer en service le 6 juillet 2009.

Par pli du 16 juin 2010, le Dr X., médecin-chef de l'Arrondissement Ouest du Service médico-militaire, a répondu que les documents médicaux au dossier, y compris le bref certificat médical établi par le Dr M. B., ne donnaient pas suffisamment d'indications pour pouvoir répondre aux questions de l'Office de l'Auditeur en chef. Ce faisant, il a recommandé à ce dernier de demander au soldat J. A. de faire parvenir un certificat médical détaillé récent afin que son aptitude au service puisse être évaluée par une Commission des visites sanitaires (CVS).

- c) Un certificat médical établi le 2 août 2010 par le Dr T. M., spécialiste FMH en médecine générale, indique que le soldat J. A. était, pour des raisons médicales, en incapacité de suivre le cours du 6 juillet 2009 mais que, dès maintenant, il est apte à suivre un prochain cours.
- B. Entendu par le juge d'instruction le 17 novembre 2010, le soldat J. A. a reconnu les faits, expliquant qu'il avait reçu l'ordre de marche pour le SIF 2009 mais qu'il était inapte à faire du service et à entrer en service. Il a indiqué qu'il avait fourni deux certificats médicaux en cours de procédure, mais a refusé catégoriquement et définitivement de fournir un certificat médical plus détaillé, estimant qu'il s'agissait d'un aspect de sa vie privée et qu'il ne voulait communiquer ses raisons médicales à personne. Il s'est par ailleurs déclaré prêt à accomplir le service militaire ; il a notamment effectué le SIF 2010.
- C. Le soldat J. A. a comparu à l'audience du 2 décembre 2011 devant le Tribunal militaire à laquelle il a été cité à comparaître. Il a alors en substance confirmé ses explications, répétant qu'il avait fourni deux certificats médicaux de médecins compétents, dont un émanant d'un médecin-chef oncologue. Il a exprimé son incompréhension sur la question de savoir pourquoi cela ne suffisait pas sur le plan militaire. Il a estimé qu'il suffisait de produire un certificat médical mentionnant une incapacité et les dates de cette incapacité. Il a en outre déclaré que, malgré le fait que le service médico-militaire soit tenu par le secret médical, il refusait de donner davantage de détails sur sa maladie.

Par jugement du 2 décembre 2011, le Tribunal militaire 1 a reconnu le soldat J. A. coupable d'insoumission et l'a condamné à une peine pécuniaire de 15 jours-amende à Fr. 50.- avec sursis pendant deux ans ainsi qu'à une amende de Fr. 500.-.

Le soldat J. A. a formé appel contre ce jugement en date du 6 décembre 2011.

- D. Le soldat J. A. a comparu devant le Tribunal militaire d'appel 1 le 5 octobre 2012 et a alors confirmé ses précédentes déclarations. Il a précisé qu'il avait le sentiment de n'avoir pas été pris au sérieux, d'avoir même été dénigré quant à la grave maladie qui l'a affecté, alors qu'il avait tout entrepris pour avertir à temps les autorités militaires compétentes au sujet de son incapacité.

Par jugement du 5 octobre 2012, le Tribunal militaire d'appel 1 a acquitté le soldat J. A. et l'a libéré du chef d'insoumission. Il a en substance jugé que l'inaptitude au service du prénommé avait été constatée sans ambiguïté par un médecin qualifié et qu'aucun indice probant ne venait mettre en doute son attestation. Ce faisant, il a estimé qu'il disposait des éléments suffisants pour forger son intime conviction, sans outrepasser son libre pouvoir d'appréciation des moyens de preuve.

- E. a) Le 5 octobre 2012, l'Auditeur du Tribunal militaire 1 a annoncé au Tribunal militaire d'appel 1 son intention de se pourvoir en cassation contre le jugement rendu le même jour.
- b) Par écritures du 23 avril 2013, mises à la poste le même jour, l'Auditeur du Tribunal militaire 1 (ci-après : le recourant ou l'auditeur recourant) a déposé son pourvoi en cassation motivé contre le jugement du Tribunal militaire d'appel 1 du 5 octobre 2012, en concluant à son annulation et au renvoi de la cause à ce dernier afin qu'il prononce un jugement de condamnation du soldat J. A. (ci-après : l'intimé). Il fait en bref grief au Tribunal militaire d'appel 1 d'avoir violé la loi pénale et d'avoir conclu, en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves, que l'intimé était inapte au service au moment des faits.

- F. Dans ses observations du 22 mai 2013, l'intimé, par l'intermédiaire de son défenseur de choix, conclut au rejet du recours avec suite de frais et de dépens. Il soutient que la seule question à trancher est celle de savoir si le Tribunal militaire d'appel 1 a excédé son pouvoir d'appréciation en l'acquittant. Tel ne serait pas le cas, dans la mesure où ledit tribunal se serait forgé sa conviction sur les pièces du dossier et les déclarations de l'intimé.
- G. Par pli du 3 juin 2013, le Tribunal militaire d'appel 1, par l'intermédiaire de son Président, déclare qu'il n'a pas d'observation à formuler et qu'il s'en remet aux considérants du jugement attaqué.
- H. Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Considérant:

- 1. Le Tribunal militaire de cassation est compétent pour connaître du présent pourvoi en cassation (art. 13 de la procédure pénale militaire du 23 mars 1979 [PPM, RS 322.1] en lien avec l'art. 184 PPM). La qualité pour se pourvoir en cassation doit être reconnue à l'auditeur recourant (art. 186 al. 2 PPM). Les dispositions quant au délai et à la forme du pourvoi en cassation sont par ailleurs respectées (art. 186 al. 2 et 187 al. 1 PPM).

Le pourvoi en cassation est donc recevable.

- 2. L'art. 185 al. 1 PPM dispose notamment que la cassation sera prononcée lorsque le jugement contient une violation de la loi pénale (let. d) ou lorsque des constatations de fait essentielles sont en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves (let. f).

En l'espèce, l'intimé a fait défaut au SIF 2009. Dans le cadre de la procédure d'instruction, il a fourni deux certificats médicaux, dont l'un d'un médecin-chef oncologue, attestant qu'il était inapte au service durant la période en cause. Condamné en première instance, l'intimé a fait appel de ce jugement et a été

acquitté et libéré du chef d'insoumission par le Tribunal militaire d'appel 1, conformément à l'art. 82 al. 5 du Code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM, RS 321.0). Ce dernier a considéré en substance que l'inaptitude au service de l'intimé avait été constatée sans ambiguïté par un médecin qualifié et qu'aucun indice probant ne venait mettre en doute son attestation.

C'est contre ce jugement en appel qu'est dirigé le pourvoi en cassation de l'auditeur recourant.

3. Le recourant expose en premier lieu que le jugement attaqué contient une violation de la loi pénale, dans la mesure où le Tribunal militaire d'appel 1 a considéré, sur la base des seuls certificats médicaux présentés par l'intimé, que celui-ci était inapte au service militaire pour le SIF 2009 et l'a donc déclaré non punissable conformément à l'art. 82 al. 5 CPM. Selon le recourant, l'inaptitude médicale présupposerait une décision d'une CVS. L'aptitude au service militaire et l'aptitude à faire du service militaire ne relèveraient par conséquent pas de la compétence du juge pénal. Le principe de la libre appréciation des preuves ne signifierait par ailleurs pas que le juge peut se substituer à une CVS.
- 3.1 Aux termes de l'art. 82 al. 1 let. b CPM, sera punie d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus la personne qui, sans avoir le dessein de refuser le service militaire, ne se présente pas au service militaire, bien qu'elle y ait été convoquée. Sous réserve de l'art. 84 CPM, l'auteur ne sera toutefois pas punissable s'il est déclaré inapte au service militaire et si l'inaptitude existait déjà lors de l'insoumission (art. 82 al. 5 CPM). L'art. 84 al. 1 CPM dispose que, celui qui, sans commettre un refus de servir, une insoumission ou une insoumission par négligence, ne donne pas suite à une convocation à la journée d'information, au recrutement ou au service militaire, bien qu'il soit en mesure d'entrer en service, sera puni d'une amende.
- 3.2 En l'espèce, il s'agit de déterminer si l'exclusion de la punissabilité prévue à l'art. 82 al. 5 CPM n'entre en considération que si le militaire est déclaré inapte au service par une CVS ou si le juge pénal peut constater, lui aussi, une telle inaptitude.

- 3.2.1 Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique ; cf. plus en détail : ATF 137 IV 180 consid. 3.4 et les réf. cit.).
- 3.2.2 Il résulte de l'interprétation littérale de l'art. 82 al. 5 CPM que l'auteur d'une insoumission n'est en aucun cas punissable s'il est déclaré (en allemand : « erklärt wird » ; en italien : « dichiarato ») inapte au service militaire et que cette inaptitude existait déjà au moment des faits. Cette disposition ne précise pas ce qu'il faut entendre par « déclarer » et encore moins que la déclaration d'inaptitude doit formellement émaner d'une CVS, comme le soutient le recourant. Il apparaît ainsi que la constatation de l'inaptitude au service militaire peut *prima facie* émaner du juge pénal. La doctrine exprime pour sa part que le terme « déclarer » présuppose une décision d'une autorité compétente ainsi qu'une inaptitude durable (STEFAN FLACHSMANN/PATRICK FLURI/BERNHARD ISENING/STEFAN WEHRENBURG, Tables du droit pénal militaire, Genève/Zurich/Bâle 2010, p. 147 note de bas de page n° 6 ; PETER POPP, Kommentar zum Militärstrafgesetz, St-Gall 1992, n° 39 ad art. 81a CPM).

Sous l'angle historique, il ressort du message du Conseil fédéral du 27 mai 1987 concernant la modification du code pénal militaire et de la loi fédérale sur l'organisation militaire (FF 1987 II 1335) que la norme en question a été introduite pour résoudre une situation spécifique qui paraissait choquante. Le Conseil fédéral y expose qu'il « *arrive qu'en cours de procédure soit ordonné une expertise psychiatrique, qui conclura souvent à l'inaptitude au service militaire pour des motifs d'ordre caractériel* ». Et d'ajouter que, « *souvent aussi, une commission de visite sanitaire, aura, sur l'avis d'un médecin et avant le jugement du tribunal, déclaré l'accusé inapte au service militaire* ». Le Conseil fédéral relève ainsi que, « *actuellement, celui qui a refusé de se présenter au*

service militaire peut être condamné même si, en cours de procédure, il est déclaré inapte au service militaire » (Message, p. 1343). Ainsi donc, l'étude de la genèse de l'art. 82 al. 5 CPM montre que le législateur n'avait pas l'intention de limiter la question de la culpabilité et, donc, de la punissabilité de l'auteur à celle de savoir s'il avait été déclaré inapte ou non par une CVS, le juge pénal ayant la capacité de tenir compte d'une situation de fait résultant d'une expertise médicale qu'il aurait ordonnée. Néanmoins, la « déclaration » d'inaptitude semble devoir émaner d'une CVS.

Comme nous venons de le voir, le but poursuivi par l'art. 82 al. 5 CPM est d'éviter une pratique qui voulait que la constatation postérieure de l'inaptitude du prévenu au service militaire n'était pas retenue par les tribunaux et ne pouvait exclure sa punissabilité du chef de l'insoumission (voir également : KURT HAURI, *Militärstrafgesetz [MStG] Kommentar*, Berne 1983, n^{os} 7 et 17 ad art. 81 CPM ; ATMC 9 n^o 67 consid. 2 et 9 n^o 22 consid. 1).

D'un point de vue systématique, il convient d'abord de relever que le CPM distingue la capacité de servir et la capacité d'entrer en service. En effet, le prévenu, qui est déclaré inapte au service militaire et qui n'est, partant, pas punissable selon l'art. 82 CPM, doit néanmoins être jugé conformément à l'art. 84 CPM s'il était en mesure d'entrer en service au moment des faits qui lui sont reprochés. L'art. 84 CPM est donc une infraction subsidiaire, édictée afin de protéger l'obligation d'entrer en service en tant que telle et remplir une lacune du CPM (ATF 124 IV 170 consid. 2b).

Il sied par ailleurs de mettre en relation l'art. 82 al. 5 CPM avec l'ordonnance du 24 novembre 2004 concernant l'appréciation médicale de l'aptitude au service militaire et de l'aptitude à faire du service militaire (OAMAS, RS 511.12). Cette ordonnance règle la procédure applicable à l'appréciation médicale de l'aptitude au service militaire et de l'aptitude à faire du service militaire (art. 1 OAMAS) et distingue donc l'aptitude au service militaire de l'aptitude à faire du service militaire (cf. art. 2 OAMAS). Est apte au service militaire la personne qui, du point de vue médical, satisfait physiquement, intellectuellement et psychiquement aux exigences du service militaire et qui, dans l'accomplissement de ce service, ne nuit pas à sa santé ou à celle d'autrui (art. 2 al. 1

OAMAS). Est apte à faire du service militaire la personne apte au service militaire qui, du point de vue médical, est en mesure d'effectuer le service militaire à venir (art. 2 al. 2 OAMAS). L'inaptitude au service militaire sous-entend un état durable constaté, dans une décision, par une CVS selon une procédure spécifique (art. 4 et 6 ss OAMAS). La question de l'aptitude à faire du service militaire est une appréciation qui relève du médecin de la troupe durant le service, des médecins des Affaires sanitaires de la Base logistique de l'armée (BLA) hors du service et, pour les membres des Forces aériennes ayant des fonctions spéciales, de l'Institut de médecin aéronautique (art. 5 al. 1 OAMAS). L'OAMAS ne prévoit pas de décision quant à l'aptitude à faire du service militaire (cf. art. 9 OAMAS a contrario). Ainsi donc, la notion d'aptitude au service militaire se distingue de celle de capacité à entrer en service (FLACHSMANN/FLURI/ISENRING/ WEHRENBURG, op. cit., p. 162 note de bas de page n° 8).

3.2.3 Il ressort de ce qui précède que l'art. 82 al. 5 CPM exclut la punissabilité de l'auteur d'insoumission s'il est déclaré inapte au service militaire par une décision formelle d'une CVS, constatant son inaptitude au service militaire de façon durable. Cette notion d'aptitude au service militaire ne doit pas être confondue avec celle d'aptitude à faire du service militaire, ni avec celle, comme on le verra ci-dessous, de capacité à entrer en service.

3.3 En l'espèce, aucune CVS ne s'est prononcée sur la question de l'aptitude de l'intimé au service militaire. Son aptitude au service militaire n'est d'ailleurs pas litigieuse, l'intimé ayant effet accompli du service militaire après la survenance des faits litigieux (notamment le SIF 2010). Partant, l'art. 82 al. 5 CPM ne peut trouver application en l'espèce, de sorte que l'intimé ne peut être déclaré non-coupable d'une insoumission sur la base de cette disposition. Cela ne signifie pour autant pas encore qu'il se soit rendu coupable d'une telle infraction au sens de l'art. 82 CPM.

4.

4.1 La doctrine et la jurisprudence estiment que l'infraction d'insoumission présuppose que l'auteur ait une obligation d'entrer en service (*Einrückungspflicht*) ainsi que la capacité à entrer en service (*Einrückungs-*

fähigkeit) comme composantes de l'état de fait objectif de l'infraction (ATMC 11 n° 28 consid. 3b et 9 n° 22 consid. 1 ; HAURI, op. cit., n^{os} 17 ss ad art. 81). Ainsi, le Tribunal militaire de cassation a considéré que l'infraction d'insoumission est un délit commis par omission qui exige que l'auteur ait la capacité d'agir, c'est-à-dire qu'il soit en mesure de se présenter au service, la loi ne le contraignant pas à l'impossible (ATMC 11 n° 28 consid. 3b, 9 n° 67 consid. 2, 9 n° 22 consid. 1 et 6 n° 52 consid. 1). Comme exemple d'une situation dans laquelle le prévenu est objectivement hors d'état de se présenter, le Tribunal militaire de cassation cite le cas de la maladie (ATMC 9 n° 67 consid. 2 et 6 n° 52 consid. 1).

- 4.2 Se fondant sur le principe de la libre appréciation des preuves, le Tribunal militaire d'appel 1 a considéré que l'intimé était « inapte au service au moment des faits ».

L'auditeur recourant conteste cette appréciation et soutient pour l'essentiel que les faits tels que retenus par le Tribunal militaire d'appel 1 sont en contraction avec le résultat de l'administration des preuves. Selon lui, le tribunal n'aurait pas disposé d'un point de vue médical d'assez d'éléments pour lui permettre d'arriver à la conclusion litigieuse. Il ajoute que l'intimé doit assumer les conséquences de son refus de collaborer à l'établissement de son inaptitude.

- 4.2.1 A teneur de l'art. 146 al. 1 PPM, applicable tant en première instance qu'en appel (cf. art. 181 al. 3 PPM), le tribunal apprécie librement les preuves, d'après la conviction qu'il a acquise au cours des débats. Le droit de procédure ne contient pas d'autres règles s'agissant de la force probante des preuves administrées au cours de la procédure. Le tribunal a seulement l'obligation de motiver en quoi les preuves retenues ont eu pour effet d'emporter sa conviction, étant précisé qu'il dispose d'une grande latitude dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation (ATMC 12 n° 21 consid. 5b).

Dans le cadre de l'art. 185 al. 1 let. f PPM, le Tribunal militaire de cassation n'a pas à substituer sa propre appréciation à celle du Tribunal militaire d'appel ; il n'est pas un juge du fait et ne contrôle effectivement que sous l'angle de l'arbitraire la façon dont l'autorité inférieure a exercé son pouvoir d'appréciation

(ATMC 12 n° 2 consid. 2b). Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle contredit d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité ; le Tribunal militaire de cassation ne s'écarte ainsi de la solution retenue que si elle est insoutenable ou en contradiction manifeste avec la situation effective, ou si elle a été adoptée sans motifs objectifs et en violation d'un droit certain. En outre, il ne suffit pas que les motifs de la décision critiquée soient insoutenables, encore faut-il que cette dernière soit arbitraire dans son résultat (ATMC 12 n° 21 consid. 5c et les réf. cit. ; voir également : ATF 132 I 13 consid. 5.1).

- 4.2.2 En l'espèce, il convient de prime abord de relever que, contrairement à ce que soutient le recourant, un certificat médical, même succinct et, donc, sans être détaillé comme un rapport médical, peut avoir une valeur probante.

Le Tribunal militaire d'appel 1 a constaté que l'intimé avait présenté deux certificats médicaux. Il a considéré que celui émanant du médecin généraliste devait être apprécié avec retenue, compte tenu de la relation étroite qui existe entre un médecin de famille et son patient. Il a en revanche relevé que le certificat émanant du médecin-chef oncologue attestait clairement que l'intimé était en traitement de chimiothérapie au moment des faits et spécifiait que ce dernier se trouvait en incapacité à 100 % jusqu'à la fin juillet 2009 au moins et qu'il lui était impossible d'entrer en service le 6 juillet 2009.

Sur la base de ce dernier certificat, le Tribunal militaire d'appel 1 pouvait sans arbitraire conclure à l'incapacité de l'intimé non seulement d'entrer en service mais également d'effectuer le service litigieux. Il confine à la certitude que nul ne consultera un oncologue s'il n'est pas atteint d'un cancer. D'ailleurs, l'intimé a exprimé au cours des débats qu'il était atteint d'une grave maladie, ce qui ne laisse planer aucun doute quant à la nature de celle-ci. Une telle maladie implique de surcroît une chimiothérapie voire même une radiothérapie, à savoir un traitement médical lourd impliquant des effets secondaires conséquents. Ainsi donc, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, une personne suivie par un oncologue et sous chimiothérapie comme l'est l'intimé n'est pas à même d'entrer en service et encore moins d'effectuer un service de trois semaines.

- 4.3 Il ressort dès lors de ce qui précède que l'élément objectif de la capacité à entrer en service fait dans le cas particulier défaut, de sorte que l'intimé ne s'est pas rendu coupable de l'infraction d'insoumission au sens de l'art. 82 CPM. Dès lors, le jugement attaqué ne contient pas de violation de la loi pénale et ne repose pas sur une constatation des faits en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves. Partant, eu égard aux circonstances particulières du cas d'espèce, en particulier en raison du suivi de l'intimé par un médecin oncologue et de son traitement en chimiothérapie au moment des faits litigieux, le jugement attaqué doit être confirmé, même si le Tribunal militaire d'appel 1 aurait dû fonder sa décision sur une absence de culpabilité plutôt que de se replier sur l'art. 82 al. 5 CPM.

Le pourvoi en cassation formé par l'Auditeur du Tribunal militaire 1 doit, par conséquent, être rejeté.

5.

- 5.1 Compte tenu de l'issue de la procédure, les frais de la cause doivent être laissés à la charge de la Confédération (art. 183 al. 1 en relation avec l'art. 193 PPM).
- 5.2 L'intimé, qui obtient gain de cause et qui est représenté par un avocat de choix, a droit à une indemnité à titre de dépens (cf. art. 183 al. 2^{bis} en relation avec l'art. 193 PPM). Sur la base du dossier, celle-ci est équitablement fixée à Fr. 600.- (TVA comprise) et est mise à la charge de la Confédération.

Le Tribunal militaire de cassation prononce :

1. Le pourvoi en cassation est rejeté.
2. Les frais de la procédure devant le Tribunal militaire de cassation sont laissés à la charge de la Confédération.
3. Une indemnité de Fr. 600.- (TVA comprise) est allouée à l'intimé à titre de dépens et mise à la charge de la Confédération.